



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Análisis de las prohibiciones de residencia,
comunicación y aproximación a la víctima. Supuesto
específico de quebrantamiento de condena en el
ámbito de la violencia de género

Autor

Gonzalo Muñoz Salvador

Directora

Estrella Escuchuri Aisa

Facultad de Derecho

2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS

| | |
|--|----|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 3 |
| II. LAS PROHIBICIONES DE RESIDENCIA, COMUNICACIÓN Y APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA: FUNCIONES..... | 6 |
| 1. Como penas accesorias (art. 57 CP)..... | 6 |
| 2. Como condición de la suspensión de la ejecución del fallo (art. 83 CP)..... | 10 |
| 3. Dentro de la imposición de la medida de libertad vigilada (art. 96 y 106 CP)..... | 13 |
| 4. Como medida cautelar (art. 544 bis LECr)..... | 16 |
| III. CONFIGURACIÓN DE LAS DENOMINADAS PENAS DE ALEJAMIENTO.... | 18 |
| 1. Naturaleza jurídica y duración..... | 18 |
| 2. Contenido..... | 23 |
| 2.1. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos..... | 23 |
| 2.2. Prohibición de aproximarse a la víctima..... | 28 |
| 2.3. Prohibición de comunicarse con la víctima..... | 30 |
| IV. QUEBRANTAMIENTO DE LAS PENAS DE ALEJAMIENTO..... | 32 |
| 1. Introducción..... | 32 |
| 2. Supuesto específico de quebrantamiento relativo a la violencia de género..... | 36 |
| 3. Análisis del quebrantamiento que se realiza con el consentimiento de la víctima.... | 40 |
| V. CONCLUSIONES..... | 47 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA..... | 50 |

ABREVIATURAS

| | |
|--------|--|
| Art. | Artículo |
| Arts. | Artículos |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| Coord. | Coordinador |
| CP | Código Penal |
| Dir. | Director |
| LECrim | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LIVG | Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género |
| LO | Ley Orgánica |
| p. | Página |
| pp. | Páginas |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TS | Tribunal Supremo |

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objeto analizar y desarrollar desde una perspectiva doctrinal la sistemática de la prohibición del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal y la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal previstas en nuestro ordenamiento con el fin de proteger a las víctimas de posibles agresiones. Posteriormente también se analizará el delito de quebrantamiento de condena recogido en el artículo 468 del Código Penal y el supuesto específico de quebrantamiento de condena cuando media consentimiento por parte de la víctima.

En primer lugar, tras una exposición general de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación me detendré a tratar las diferentes funciones que pueden cumplir en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea como penas accesorias del art. 57 CP, como condición de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad a tenor del art. 83 CP, como obligaciones a cumplir durante la medida de libertad vigilada recogida en los arts. 96 y 106 CP y finalmente, como medida cautelar según lo dispuesto en el art. 544 *bis* de la LECrim.

En segundo lugar procederé al análisis del delito de quebrantamiento de condena recogido en el art. 468 CP, centrándome en su apartado segundo, cuyo ámbito subjetivo engloba a las personas respecto de las cuales se configura el fenómeno de la violencia doméstica y de género. En lo que se refiere a este tipo delictivo podemos encontrar importantes divergencias doctrinales respecto al bien jurídico protegido en el sentido de considerar que el único bien jurídico protegido que puede vulnerarse es el del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia o si también, a través de este tipo penal, se tutelan otros bienes jurídicos íntimamente relacionados con la persona o personas protegidas por la pena o medida vulnerada. Además, también podemos encontrar diferentes opiniones doctrinales en lo que se refiere a la forma de aplicar este

delito en supuestos de quebrantamiento consentido por parte de la víctima y si esta tendría algún tipo de responsabilidad.

Como colofón del trabajo realizado se recogen una relación de conclusiones a las que he llegado con este estudio, a través de las cuales hago una breve síntesis de este, así como una exposición de las propuestas de *lege ferenda* que considero más adecuadas en orden a resolver la problemática que entrañan estas medidas y la aplicación del delito de quebrantamiento de condena recogido en el art. 468.2 CP.

La elección del referido tema como objeto de estudio de este Trabajo de Fin de Grado podría resumirse en el hecho de que siempre me ha atraído la problemática que suscita el fenómeno de la violencia de género como férreo defensor de la igualdad entre mujeres y hombres y el hecho de que en mi casa es un tema cotidiano al haber sido mi padre coordinador de violencia de género del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y ser experto en la materia. Así mismo, todo lo que envuelve la violencia de género y la respuesta que ofrece frente a ella el Derecho Penal es algo que me ha hecho reflexionar desde el primer día que cursé dicha asignatura y más aún desde que he podido investigar con más detenimiento cómo numerosos autores exponen sus diferentes puntos de vista y proponen diferentes soluciones con el propósito de otorgar una mayor protección a las víctimas de esta lacra que lleva mucho tiempo presente en nuestra sociedad; lacra que, aun con la respuesta de los órganos judiciales y del ordenamiento jurídico necesita ser erradicada desde una perspectiva educativa y social, con una educación igualitaria para las futuras generaciones.

Además, considero este tema de interés puesto que el legislador no ha dado una respuesta adecuada a algunas cuestiones que se plantean en la práctica, sucediéndose diferentes reformas que aportan más bien poco a resolver la revictimización que sufren las mujeres en el sistema penal como consecuencia de previsiones normativas que incluso pueden llegar a perjudicar en mayor medida a las víctimas cuando lo que deberían buscar es su protección.

En consecuencia, el presente trabajo tiene por objeto el estudio de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación contenidas en el artículo 48 del Código Penal, íntimamente relacionadas con el tipo penal de quebrantamiento de condena previsto en el artículo 468.2 del Código Penal en la medida de que al vulnerar las primeras se puede incurrir en este hecho delictivo que también es objeto de análisis.

Para ello he tenido en cuenta los estudios doctrinales publicados, tanto monografías como artículos, para conocer el estado de la cuestión estudiada, así como las distintas posiciones interpretativas que existen respecto de los problemas suscitados; así mismo, se analiza la interpretación que hace el Tribunal Supremo respecto del supuesto específico del quebrantamiento de condena con consentimiento por parte de la víctima, haciendo alusión a las diferentes interpretaciones existentes.

Soy consciente que en este breve estudio no puedo agotar todas las opiniones que la doctrina científica ha aportado, pero tras el estudio de las referidas penas de alejamiento y el supuesto específico del quebrantamiento de condena creo que puede ayudar a su mejor conocimiento, todo ello sin olvidar la vinculación de estas medidas al fenómeno de la violencia de género, demandando por ende una mayor cautela en su tratamiento.

Finalmente, me gustaría añadir que este trabajo ha contribuido enormemente a mi formación académica y teórica, además de hacer surgir en mí un afán investigador, tratando de encontrar en todo momento la solución más acorde a la realidad social ateniéndome a las propuestas ofrecidas por la doctrina.

II. LAS PROHIBICIONES DE RESIDENCIA, COMUNICACIÓN Y APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA: FUNCIONES

1. Como penas accesorias (art. 57 CP)

La prohibición del derecho a residir o acudir a determinado lugar, la prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas y la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas (art. 39, letras f), g) y h) y 48 CP) pueden considerarse como privativas de derechos en atención a la víctima ya que se orientan a la protección de la misma y a la de sus familiares o personas que determine el juez o tribunal, impidiendo que el obligado cometa nuevas infracciones sobre alguno de los sujetos mencionados¹.

Las prohibiciones de residencia y aproximación a la víctima u otras personas que establezca el juez o tribunal consisten en la restricción del derecho a la libertad deambulatoria (recogido en el art. 19 CE), pero ya no en el caso de la prohibición de comunicación con las mismas, pues entonces se priva, aunque parcialmente, de la libertad de relacionarse con los demás y, con ello, de un aspecto de la libertad de expresión².

Aunque estas penas sean independientes entre sí, se establece la posibilidad de que operen de manera conjunta, como refuerzo unas de otras, pudiendo imponerse una, dos o las tres (según art. 57.1 CP). A través de ellas se trata de atender de manera primordial a las necesidades e intereses de la víctima del delito, impidiendo o tratando de impedir futuros contactos entre el obligado y las personas protegidas.

La prohibición del derecho a residir o a acudir a determinado lugar se recoge en el art. 48.1 CP. Son dos prohibiciones diferentes recogidas en un mismo precepto. Con la primera se prohíbe al penado la posibilidad de residencia en un determinado lugar,

¹ VILLA SIEIRO, S., «Las penas privativas de derechos en interés de la víctima», en Roca de Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 56.

² BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de derechos», en Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad. consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivadas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 62.

establecido por el juez o tribunal. Mientras que con la segunda, se prohíbe al obligado acudir al lugar de comisión de los hechos o aquel en que resida la víctima o su familia si no fuesen el mismo. Se puede plantear algún problema a la hora de discernir qué puede ser considerado como lugar de comisión del hecho delictivo. Cabe un amplio abanico de posibilidades (vivienda, calle, barrio, ciudad, provincia, Comunidad Autónoma), pero será la autoridad judicial quien, según las circunstancias particulares del caso, determine el lugar concreto.

La prohibición de aproximación a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal está recogida en el art. 48.2 CP. En este precepto se distinguen claramente dos supuestos diferentes: «impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren» y «acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos» aunque eventualmente las personas protegidas no se encuentren en dichos lugares. Y además, «quedará en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena». Puede ser que en un determinado caso, los hijos no tengan necesidad de ser alejados de su progenitor o que no hayan tenido relación con el delito cometido. Si esa necesidad concurre, tampoco parece necesaria la mencionada previsión cuando la misma puede derivar de forma directa de la pena de prohibición de aproximación a determinadas personas³.

No se puede olvidar que se busca impedir que el penado se acerque a la víctima y con ello garantizar que no pueda tomar represalias tampoco sobre los bienes de esta. Por ende, se defiende que, para evitar problemas, se deben concretar en la sentencia todos los lugares afectados por la prohibición, sin hacer uso de cláusulas abiertas en torno a lugares frecuentados que dejen duda sobre si lo son o no, ya que la pena supone una

³ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Penas privativas de derechos», en Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad. consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivadas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 64.

restricción de movimientos para el penado y es preferible no incluir aquellos lugares en los que no se vaya a producir encuentro.

La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal se recoge en el art. 48.3 CP. Esta prohibición lleva normalmente aparejada la imposibilidad de comunicarse con ella, pero cabe comunicarse con una persona sin necesidad de aproximarse a la misma, por lo que es necesario añadir esta nueva referencia de forma independiente de aquélla. Más aún si cabe con la digitalización de las interacciones sociales. Según un estudio en el que se analizaron 131 sentencias correspondientes a 80 hombres condenados por quebrantar una orden de protección, un 35% lo hizo a través de medios postales, informáticos o telemáticos⁴.

Nos encontramos ante una pena abierta e indeterminada, ya que permite al órgano jurisdiccional, en función de las circunstancias del caso concreto optar por prohibir diferentes tipos de contacto o, como ocurre en la mayoría de los casos, prohibirlos todos. En todo caso, será necesario que se determine de manera concreta y motivada en la sentencia a qué personas afecta y qué prohibiciones se aplican.

Se afirma que la prohibición del art. 48.3 CP resulta más eficaz cuando se aplica junto con otra pena de alejamiento, y, en concreto, con la del art. 48.2 CP. En ocasiones, la mera presencia en los mismos lugares puede ocasionar efectos perturbadores en la víctima, aunque no se llegue a producir el contacto. Sin embargo, en otras ocasiones es idónea su aplicación única y, por ende, menos aflictiva (por ejemplo, en casos no especialmente graves o en los que no se aprecie una excesiva peligrosidad por parte del delincuente o en caso de que, por motivos de trabajo, los sometidos a la pena de alejamiento no puedan distanciarse físicamente)⁵.

⁴ HERRERA, M. J., «Vulneración de las órdenes de protección por parte de hombres condenados previamente por violencia de pareja», en Manzanero (dir.), *Anuario de Psicología Jurídica*, Elsevier, Barcelona, 2017, p. 4.

⁵ VILLA SIEIRO, S., «Las penas privativas de derechos en interés de la víctima», en Roca de Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 61.

Los Jueces y Tribunales, cuando se comete alguno de los delitos que se mencionan en el apartado primero del art. 57 CP, pueden acordar la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 CP por un tiempo que no podrá superar los diez años para los delitos graves y de cinco para los menos graves. En el supuesto de que el condenado lo fuera a pena privativa de libertad y el Juez o Tribunal acordase alguna de las medidas del art. 48 CP, lo hará por un tiempo de entre uno y diez años para los delitos graves y de entre uno y cinco para los delitos menos graves. Además estas prohibiciones se cumplirán de forma simultánea a la pena de prisión.

Pero la prohibición de aproximación es de obligada imposición cuando se comete alguno de los delitos mencionados en el art. 57.1 CP, «homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico» contra una persona que «sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados» (art. 57.2 CP).

La previsión de que se imponga la prohibición de aproximación de manera obligatoria no ha estado libre de controversia llegando incluso a reclamar la derogación de dicho artículo o su modificación permitiendo que el juez la imponga de manera potestativa como ocurre con las prohibiciones de residencia y comunicación. Algunos Juzgados o Tribunales han llegado a presentar cuestiones de

inconstitucionalidad en lo que se refiere a su posible incompatibilidad con el art. 25.1 CE que menciona el principio de personalidad de las penas ya que la imposición obligatoria de la prohibición de alejamiento afecta a la víctima en caso de que se realice en contra de su voluntad. Incluso se llegó a plantear la posible vulneración del principio de proporcionalidad de las penas por parte del precepto, ya que siendo su imposición obligatoria no se tiene en cuenta la peligrosidad que representa el autor del hecho delictivo ni la gravedad de este⁶. La STC n.º 60/2010, de 7 de octubre declaró la adecuación del citado artículo a la Constitución, señalando que el objeto de la pena de prohibición de aproximación no limita el derecho de la víctima, sino del condenado como autor del delito⁷.

El apartado tercero del art. 57 CP, establece también la posibilidad de imponer las prohibiciones del art. 48 CP en supuestos de comisión de delitos leves de los que se mencionan en el primer párrafo del apartado primero del art. 57 CP por un tiempo no superior a seis meses.

2. Como condición de la suspensión de la ejecución del fallo (art. 83 CP)

En relación con el supuesto de suspensión de la ejecución del fallo que se recoge en su modalidad ordinaria en el art. 80 del CP cabe destacar la nueva regulación introducida por la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* integrando la figura de la sustitución de las penas en la de suspensión de la ejecución o remisión cautelar.

⁶ ALASTUEY DOBÓN, C. / ESCUCHURI AISA, E., «La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español: De la aprobación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género a la reforma del código penal de 2015», *Revista de Derecho Penal*, n.º 23, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2015, p. 74.

⁷ ALASTUEY DOBÓN, C. / ESCUCHURI AISA, E., «La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español: De la aprobación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género a la reforma del código penal de 2015», *Revista de Derecho Penal*, n.º 23, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2015, p. 75.

De manera general, los requisitos de esta figura se concentran en tres:

- Haber delinquido por primera vez. Requisito relativizado en la reforma, ya que es necesario que se haga el juicio de si los antecedentes son por delitos que por su naturaleza o circunstancias no tienen la suficiente relevancia para valorar la posibilidad de la realización de futuros delitos.

- La pena o la suma de las penas impuestas no puede superar los 2 años, aunque sin incluir la derivada del impago de la multa.

- Haber satisfecho las responsabilidades civiles. Antiguamente era necesario el pago de la responsabilidad civil, y ahora resulta suficiente asumir el compromiso de pago, siendo posteriores actuaciones dirigidas a ocultar bienes, a no aportar información sobre los existentes o a obstaculizar el decomiso, lo que justificaría su revocación.

En el supuesto del art. 83 CP, se puede condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento de determinadas medidas además de todas las cautelas o comprobaciones que realiza el Juez o Tribunal cuando concede la suspensión de condena. El legislador, antes de la reforma del Código Penal y ahora de manera más exhaustiva, recoge en los arts. 83 y 84 CP una serie de prohibiciones, deberes o medidas para evitar que, cuando ello sea posible, el condenado cometa nuevos delitos.

Estas medidas se aplican tanto a la suspensión ordinaria, como a la extraordinaria, al no distinguirse en dichos artículos la posibilidad de discriminar su imposición según los supuestos que se prevén en el art. 80 CP. También hay que destacar la naturaleza no definitiva de estas medidas que se pueden imponer para evitar el posible riesgo de comisión de futuros delitos, puesto que si durante el tiempo de la suspensión de la condena devienen innecesarias, podrán ser sustituidas por otras medidas menos

gravosas o incluso verse eliminadas, siempre que el juez o tribunal que las acordó lo considere fundado⁸.

Con la nueva regulación, aunque desaparece la referencia a los delitos relacionados con la violencia de género que existía con anterioridad, el art. 83.1 CP recoge una serie de prohibiciones y medidas que se deben imponer de forma imperativa (art. 83.2 CP) en supuestos de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (apartados 1º, 4º y 6º del art. 83.1 CP): prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada; prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos; y participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

Es importante llamar la atención sobre el hecho de que con esta nueva redacción el legislador suprime la obligatoriedad de estas medidas en los supuestos de suspensión de la pena impuesta por delitos de quebrantamiento de pena o medida cautelar de alejamiento o prohibición de comunicación, que son claramente delitos relacionados con la violencia de género, aunque la mujer no sea jurídicamente sujeto pasivo de los mismos. De cualquier forma, estas medidas pueden ser impuestas con carácter facultativo.

La libertad condicional aparece desde la LO 1/2015 como una forma de suspensión de la ejecución de parte de la pena de prisión. El juez fijará un plazo de suspensión de la

⁸ CORELLA MIGUEL, J. J. «La nueva regulación de la suspensión y sustitución tras la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo», *Diario La Ley*, n.º 8552, Sección Doctrina, 2015, p. 10.

ejecución del resto de la pena de entre dos y cinco años, pero que en ningún caso podrá ser inferior al de la duración de la parte de la pena pendiente de cumplimiento, computándose desde la fecha de puesta en libertad del penado. En lo que nos concierne, el art. 90.5 establece que resultan aplicables las disposiciones contenidas en el art. 83 CP, por lo que podrá condicionar la libertad condicional al cumplimiento de una o varias de las medidas recogidas en el art. 83 CP.

3. Dentro de la imposición de la medida de libertad vigilada (arts. 96 y 106 CP)

Una de las novedades más importantes tras la reforma operada por la LO 5/2010 fue la inclusión de una nueva medida de seguridad no privativa de libertad, la libertad vigilada. Su incorporación ha traído consigo un gran cambio, pero la relevancia no reside en el contenido de dicha medida sino en que, por primera vez desde el Código Penal de 1995, se prevé la imposición de una medida de seguridad para sujetos plenamente imputables.

La libertad vigilada se ha convertido, desde la entrada en vigor de la citada LO 5/2010, en la medida de seguridad no privativa de libertad por excelencia, debido a que recoge gran parte de las medidas de seguridad no privativas de libertad que anteriormente se configuraban de forma autónoma. Además, es la única medida de seguridad que puede imponerse tanto a sujetos inimputables o semiimputables como a los imputables, aunque exclusivamente en aquellos casos en que así se indique expresamente (sistema de imposición específico).

Al comienzo de su introducción, la medida de seguridad de libertad vigilada no fue aplicada plenamente a los sujetos imputables debido a que su imposición únicamente se preveía respecto de condenados por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales o delitos de terrorismo. Sin embargo, la reforma de 2015 ha terminado por ampliar el catálogo de delitos, aunque sin llegar a su completa expansión,

pues el Proyecto de reforma del Código penal de 2013 pretendía realizar una reforma estructural en el sistema de sanciones penales, pretendiendo implantar un auténtico sistema dualista⁹. Algún ejemplo de la aplicación de la medida de libertad vigilada a sujetos imputables sería el art. 156 *ter* CP, el cual establece que a los condenados por algún delito de lesiones «cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada». También el art. 173.2 CP *in fine* recoge la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada en supuestos de violencia habitual contra alguna de las personas recogidas en dicho artículo.

La medida consiste en la obligación del condenado a control judicial a través del cumplimiento de una o varias de las obligaciones y prohibiciones que se recogen en el art. 106.1 CP por un periodo de tiempo que no podrá superar los 5 años (art. 105.1.a) CP) aunque, de forma excepcional, frente a determinados sujetos imputables su duración podrá llegar a alcanzar los 10 años (arts. 192.1 y 579.3 CP). El contenido de estas es heterogéneo y en la mayoría de los casos no implica vigilar al sometido, de manera que cada una de las distintas medidas de libertad vigilada impuestas a determinado sujeto pueden no tener nada que ver con las impuestas a otro. Concretamente, la nueva medida de seguridad está compuesta por un total de once obligaciones y prohibiciones que pueden clasificarse en tres grandes grupos¹⁰: aquellas que principalmente persiguen controlar la libertad del sometido a la medida de libertad vigilada, aquellas que principalmente tienden a proteger a terceras personas y aquellas que principalmente persiguen la consecución de fines propiamente correctivos¹¹.

⁹ SALAT PAISAL, M., «Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 20, 2016, p. 164; Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Sobre la propuesta de regulación de libertad vigilada. Disponible en www.poderjudicial.es

¹⁰ GARCÍA ALBERO, R., «De las medidas de seguridad», en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Aranzadi, 2016, pp. 688-691.

¹¹ SALAT PAISAL, M., «Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 20, 2016, p. 165.

Centrándonos en el segundo grupo de obligaciones y prohibiciones, este persigue principalmente proteger a la víctima del delito, a sus familiares u a otras personas que determine el juez o tribunal. Dentro de este grupo se encuentra la contenida en el art. 106.1.e) CP, consistente en «la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal». Esta prohibición busca evitar el contacto físico entre el sometido a la medida y aquellas personas que el juez establezca. Esta prohibición deviene un tanto escasa siendo que simplemente prohíbe el contacto físico dejando abierta la posibilidad de que haya comunicación entre el sometido y la víctima o que residan ambos en la misma localidad, para ello tenemos las dos siguientes prohibiciones.

La segunda prohibición es la recogida en el art.106.1.f) CP, relativa a «la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal». En este supuesto, su imposición sí que prohíbe que el sujeto sometido a libertad vigilada se comunique con las personas que el juez o tribunal establezcan. El obligado por ende, no puede comunicarse por ningún medio con estas personas, no es necesario concretar qué medios quedan limitados bajo la prohibición.

Por último, como prohibición más proclive a la protección de terceras personas, se encuentra «la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos» (art. 106.1.g) CP). Anteriormente estaba recogida de forma más concreta en el art. 96.3.5.^a CP, pero actualmente permite ampliar los supuestos de imposición al tener menor concreción¹².

¹² SALAT PAISAL, M., «Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 20, 2016, p. 167.

4. Como medida cautelar (art. 544 *bis* LECrim)

El precepto que ha ido permitiendo la utilización de medidas cautelares de esta naturaleza ha sido el art. 13 LECrim, muy genérico y para cualquier hecho delictivo. Este artículo ha permitido que en la práctica forense y con anterioridad a la implantación de la nueva LIVG¹³, exista la posibilidad de acordar durante el proceso medidas cautelares tanto penales como civiles, teniendo una realidad legislativa en los artículos 544 *bis* (las denominadas «medidas de alejamiento») y 544 *ter* LECrim (la llamada «orden de protección»)¹⁴.

Tras la implantación de la LIVG, en nuestro ordenamiento jurídico se recogen tres niveles de protección para las víctimas de violencia de género: uno general, reflejado en los arts. 13 y 544 *bis* LECrim; un segundo nivel más reforzado para las víctimas de violencia de género a tenor del art. 544 *ter* LECrim; y un tercer nivel, de máxima tutela que añade a las anteriores la nueva LIVG¹⁵.

En caso de que nos encontremos ante uno de los delitos que se recogen el art. 57 CP, el art. 544 *bis* LECrim permite al Juez acordar las medidas de alejamiento que estime estrictamente necesarias con el fin de protección de la víctima. Para su adopción, el Juez deberá tener en cuenta la «situación económica de inculcado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral», haciendo énfasis en esta última, pues si se le priva de una entrada de ingresos, no sólo llegaría a afectar al presunto agresor sino también a la víctima o a sus familiares cuando dependiesen económicamente de él. Por ende, el juez deberá ordenar la medida que mejor se adapte a las circunstancias del inculcado siempre garantizando la seguridad de la víctima.

¹³ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29/12/2004.

¹⁴ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., *Cuestiones prácticas que suscita la aplicación de las medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género*, p. 2. Disponible en www.interiuris.org

¹⁵ Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, de 18 de julio. Disponible en www.fiscal.es

Dentro de las medidas de alejamiento que se recogen en el art. 544 *bis* LECrim se encuentra la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. Cabe señalar que en el ordinal primero se dice que se impondrá cuando sea necesaria para la protección de la víctima, pero nada se dice de familiares o personas relacionadas con ella que puedan estar en una situación objetiva de peligro. A juicio de FARALDO CABANA, «es necesario dar una interpretación común al ámbito de los sujetos pasivos en esta pena accesoria aquí y en las medidas cautelares de similar contenido previstas en los arts. 544 *bis* y *ter* LECrim, que mencionan únicamente a la “víctima”, pero que deben ponerse en relación con el art. 13 LECrim, que alude a “los ofendidos y perjudicados” por el delito»¹⁶.

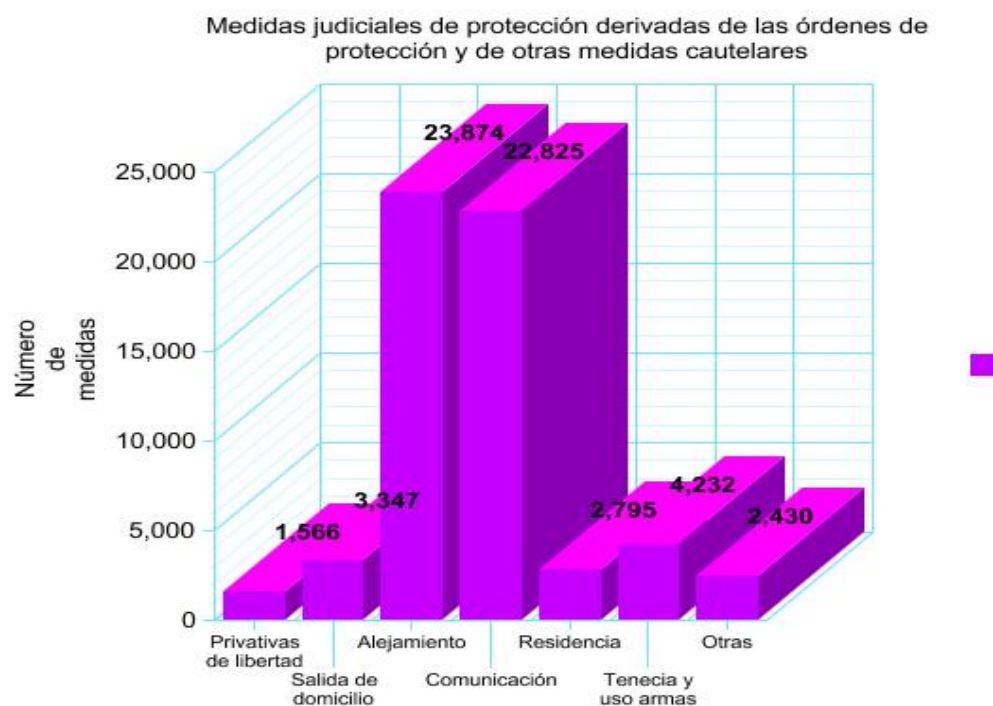
En las mismas condiciones el Juez podrá imponer al inculcado la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Estas medidas podrán ser adoptadas por el Juez sin audiencia previa del investigado y además se prevé que en caso de que las medidas fuera incumplidas se convocará obligatoriamente la comparecencia que se recoge en el art. 505 LECrim para decidir sobre la adopción de la prisión provisional (art. 503 LECrim), de la orden de protección prevista en el art. 544 *ter* LECrim o sobre otra medida cautelar que limite en mayor medida la libertad personal del inculcado, para ello no solo se tendrá en cuenta las consecuencias que han derivado del incumplimiento, sino también sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

En el año 2017, en España se acordaron 61.069 medidas de protección (incluyendo arts. 544 *bis* y *ter*) penales derivadas de las órdenes de protección y otras medidas

¹⁶ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 71.

cautelares, de las cuales, en más del 60% de los supuestos se impusieron medidas referentes a la aproximación y comunicación con la víctima.



Fuente: elaboración propia a partir de datos extraídos del Consejo General del Poder Judicial

Demuestran ser las medidas más funcionales o al menos las que mayor rango de protección pueden otorgar a la víctima.

III. Configuración de las denominadas penas de alejamiento

1. Naturaleza jurídica y duración

La pena de alejamiento se configura como los cimientos sobre los que el legislador trata de construir el sistema de protección para las víctimas vigente. A juicio de

FARALDO CABANA, «la compulsión al empleo de las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima u otras personas y del tratamiento del agresor se enmarca en el contexto de la búsqueda de nuevas (y no tan nuevas) sanciones y medidas alternativas a la pena privativa de libertad»¹⁷. Bajo esta terminología se recogen tres penas diferentes: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (art. 48.1 CP); la prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (art. 48.2 CP); y la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (art. 48.3 CP).

Existe un sector de la doctrina y de la jurisprudencia que duda de la naturaleza de las penas que se recogen en el art. 48 del CP, no hay pocas sentencias en las que se configuran dichas penas como medidas de seguridad a pesar de su localización y de las condiciones de su imposición¹⁸.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia estas penas tendrían la consideración de penas accesorias impropias, ya que, aunque vienen recogidas las condiciones de su imposición en el art. 57 CP, estas se diferencian de las previstas en los arts. 54 a 56 CP en los siguientes extremos¹⁹:

- Al contrario de las penas accesorias recogidas en los arts. 54 a 56 CP, que se imponen en función de otras penas principales que las llevan aparejadas, las penas del art. 48 CP se imponen en función de la naturaleza del delito que se ha cometido y de la relación que existe entre el sujeto activo y pasivo.

¹⁷ FARALDO CABANA, P., «Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género», en Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 738.

¹⁸ Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., «De las penas, sus clases y efectos. Capítulo I del Título III del Libro I del Código Penal», en Mir Puig (dir. et al.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 164; SSTs n.º 389/2005, de 29 de marzo, n.º 369/2004, de 11 de marzo y n.º 1054/2002, de 6 de junio.

¹⁹ TAMARIT SUMALLA, J. A., «Título III. De las penas», en Quintero Olivares (dir.), *Comentario al Código penal Español*, T. 1, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 444.

- Mientras que las penas accesorias de los arts. 54 a 56 CP se van a imponer siempre acompañando a una pena principal privativa de libertad (art. 79 CP), las penas del art. 48 CP pueden acompañar a cualquier tipo de pena ya que lo relevante es el delito cometido.

- Las penas accesorias de los arts. 54 a 56 CP tienen la misma duración que la pena principal privativa de libertad impuesta a la que acompañan, de manera que se cumplen simultáneamente. Al contrario, las penas del art. 48 CP, están pensadas para tener una duración superior a la pena privativa de libertad impuesta, ya que está previsto que se impongan por un tiempo superior al de la pena de prisión de entre uno y diez años, si el delito fuera grave, y de entre uno y cinco años si este fuese menos grave (art. 57.1 *in fine* CP).

El legislador ha regulado esta pena de alejamiento como una pena de carácter accesorio. Para la mayoría de la doctrina se trataría de una pena accesoria impropia o atípica, debido a que no es accesoria a otras penas sino a ciertos delitos, además de que su duración no se subordina a la pena principal ni tampoco su imposición es obligatoria, sino potestativa. Sin embargo, otro grupo de autores la califican como pena principal adicional a las que se recogen para los delitos previstos en el art. 57.1 CP debido a que presenta la particularidad de que se regula en la parte general del Código Penal²⁰.

Incluso se ha criticado su sistematización en la lista de penas privativas de otros derechos, ya que la privación del derecho de residencia y la prohibición de aproximación restringen, al igual que las penas privativas de libertad, el derecho a la libre circulación por el territorio nacional y libre fijación de residencia y domicilio y el derecho a la libertad deambulatoria (art. 17 CE)²¹. Considero que la diferencia que podría haber entre ellas sería la distinta graduación de la limitación de derechos que imponen, ya que las primeras limitan estas libertades en determinados lugares o en

²⁰ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008, p. 711.

²¹ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 49.

momentos concretos (al encontrarse con la víctima) mientras que las segundas restringen de manera completa.

El hecho de que se configure la pena de alejamiento como una pena accesoria de carácter impropio tiene reflejo en su duración. A tenor del art. 33.6 CP, la duración de las penas accesorias vendrá impuesta por la de la pena principal, puesto que se corresponde con esta, excepto que se diga expresamente lo contrario en otro precepto del CP. Esta disposición habilita que la pena de alejamiento tenga una duración no dependiente de la establecida para la pena principal.

Conforme al art. 40.3 CP, la duración máxima será de 10 años, pero los límites mínimos y máximos se ajustarán dependiendo de la gravedad del hecho delictivo cometido. En caso de imponerse por la comisión de una infracción penal grave, su duración será de entre cinco y diez años (art. 33.2 h), i) y j) CP); en tanto que si se impone por cometer una infracción penal menos grave, la duración quedará comprendida entre los seis meses y los cinco años (art. 33.3 g), h) e i) CP); mientras que si se impone por la comisión de una infracción penal de carácter leve, la duración de la prohibición de aproximación y de comunicación será de entre un mes y seis meses (arts. 33.4 e) y f) CP).

La prohibición de residencia tendría el mismo máximo de seis meses pero no se estipula para ella el mínimo de duración (arts. 33.4 y 40.3 CP). La doctrina entiende que haciendo una interpretación sistemática tendría la misma duración mínima de un mes²², mientras que otros autores abogan por una duración mínima de un día²³.

En caso de que el Juez o Tribunal acuerde su imposición de forma conjunta con la pena de prisión, lo hará por un tiempo superior a esta, pero siempre dentro de los límites temporales establecidos: para los hechos delictivos de carácter grave, la duración será

²² SOUTO GARCÍA, E. M., «Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995», *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, n° 9, 2013, pp. 188-189.

²³ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Las penas privativas de derechos», en Gracia Martín (dir.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 150.

de entre uno y diez años, mientras que para los menos graves lo será de entre uno y cinco años, cumpliéndose la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas por el condenado necesariamente de forma simultánea (art. 57.1 *in fine* CP). Esto es criticado por algunos autores en el sentido de que consideran que esta duración superior a la pena de prisión debería darse también en el resto de supuestos²⁴. El sentido de que la duración sea superior a la condena es para que en caso de que la pena de prisión tenga una duración superior a la de la pena de alejamiento esta no pierda su eficacia.

Su cumplimiento será tanto simultáneo como sucesivo a la condena de prisión para evitar que, cuando el régimen penitenciario se vuelva más laxo (permisos, libertad condicional) no se pueda atentar contra la integridad de la víctima o personas protegidas por estas prohibiciones. Además, estas prohibiciones pueden ser aplicadas en periodos de excarcelación²⁵.

En lo que se refiere a las penas distintas a la pena de prisión, el cumplimiento de estas y el de la prohibición de aproximación tendrán también carácter simultáneo, ya que no se prevé distinción alguna a lo recogido en el art. 73 CP²⁶. Aunque cierto es que, como la duración de la pena principal no se corresponde con la de la pena accesoria, se dan casos en los que cumplida la primera, quede en vigor la prohibición de la pena accesoria.

Sin embargo, en caso de que la pena de alejamiento tenga carácter de medida cautelar, el tiempo que haya cumplido conforme a dicha medida se debe descontar de la duración que se imponga finalmente como pena privativa de derechos (art. 58.4 CP). Al contrario se pronuncia FUENTES SORIANO, ya que considera que el alejamiento impuesto al amparo de la LIVG como medida cautelar se trataría más bien de una

²⁴ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 66.

²⁵ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 78.

²⁶ A tenor del artículo 73 del Código Penal, «al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas».

medida de protección y por lo tanto no sería directamente homologable con la pena que se pueda imponer en la sentencia²⁷.

2. Contenido

2.1. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos

En lo que concierne a la prohibición de residencia, su denominación dada en el art. 39 f) CP, «privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos», no se corresponde con la que nos ofrece el texto criminal en su art. 48.1, el cuál recoge un mayor número de supuestos, o al menos tiene mayor amplitud²⁸: «la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos». Cabe destacar que la reforma operada por la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ha ampliado el art. 48.1 CP añadiendo nuevo contenido, en virtud del cual, en caso de que exista una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental se estudiará cada caso para resolver atendiendo a los bienes jurídicos a proteger y también al interés superior de la persona con discapacidad, que tendrá que contar con los medios necesarios para el cumplimiento de la medida.

Se recogen de forma conjunta tanto la prohibición de residencia como la de acudir a determinados lugares que está íntimamente relacionada con la prohibición de aproximación a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, además de cualquier otro lugar que sea frecuentado por estos (como sus

²⁷ FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 113-114.

²⁸ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 67.

lugares de trabajo) que se recoge en el ordinal segundo del art. 48 CP. El texto criminal no deja a la imaginación del juez o tribunal la determinación de los lugares en los que el condenado no puede residir o aproximarse, pues básicamente son el lugar de comisión del hecho delictivo y el lugar de residencia de la víctima o del familiar. Lugares que se deben determinar de manera exhaustiva en la sentencia.

Si atendemos a lo expuesto por el art. 544 *bis* LECrim, también se podrá prohibir la residencia o aproximación a «determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas», aunque según FARALDO CABANA, «si lo que se prohíbe es residir, y civilmente se reside en un pueblo o en una ciudad, la prohibición de residencia debe hacer referencia a un municipio»²⁹.

En cualquier caso, el lugar al que debemos atender es al lugar de comisión del hecho delictivo, y si este fuera diferente al del domicilio de la víctima o de sus familiares, la prohibición se extenderá a estos. A juicio de BAUCELLS LLADÓS, esta interpretación no es la correcta, ya que si se pretende proteger a la víctima o a sus familiares, no tiene sentido limitar el derecho a la libertad deambulatoria del penado en un lugar en el que no exista peligro objetivo para estos³⁰.

En lo que se refiere al domicilio de la víctima o de su familia hay que comprender que este es la residencia habitual (a tenor de lo establecido en el art. 40 CC), pero también que la prohibición no se refiere a este de forma exclusiva, por lo que la pena puede ser extendida a diferentes lugares que sean residencia no habitual, conocidos para el condenado³¹, por ejemplo el apartamento de la playa. En caso de que la víctima o

²⁹ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 68.

³⁰ BAUCELLS LLADÓS, J., «Artículo 48», en Córdoba Roda (dir. et al.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2011, p. 491. También VILLA SIEIRO indica que, desde una interpretación teleológica, no tiene sentido prohibir al penado acudir al lugar de la comisión del hecho delictivo cuando este se ha cometido en un lugar donde no residen (por ejemplo, se comete un delito de vacaciones en Ibiza), carece de sentido ampliar las prohibiciones del art 48.1 CP a esa circunscripción. Véase VILLA SIEIRO, S., «Las penas privativas de derechos en interés de la víctima», en Roca de Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 59.

³¹ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 69.

persona protegida desee cambiar de residencia y además quiera que la prohibición conserve sus efectos respecto a la nueva residencia, deberá comunicarlo al juez o tribunal. Si la víctima no quiere que el condenado conozca donde reside, conviene no imponer la prohibición de residencia, siendo más beneficiosa la prohibición de aproximación.

Además de concretar el lugar, también se debe atender a la distancia que debe guardar el condenado respecto a los lugares reflejados en la prohibición. Si bien no existe en el Código Penal ningún criterio que pueda ayudar al juzgador a concretar la distancia, por lo que este deberá estar a las circunstancias del caso concreto, fijando la distancia mínima o menos lesiva posible pero siempre garantizando la seguridad de la víctima o personas protegidas.

La concreción de esta prohibición no es coincidente con la prevista para las penas de prohibición de aproximación y de comunicación puesto que estas no se limitan a proteger a la víctima o su familia, siendo posible extender esta protección a «personas que determine el juez o tribunal» independientemente de que sean familia de la víctima.

Sería más beneficioso tanto en esta prohibición en concreto como en las restantes incardinar dentro de un concepto amplio de víctima al ofendido (sujeto pasivo del hecho delictivo, titular del bien jurídico lesionado) o al perjudicado, aunque no coincida con la víctima del delito³². Con ello se daría una interpretación conjunta al ámbito de sujetos pasivos tanto aquí como en las medidas cautelares previstas en el art. 544 *bis* LECrim, que a pesar de nombrar exclusivamente a la víctima, debe interpretarse de forma conjunta con el art. 13 LECrim, el cual recoge un espectro más amplio de sujetos pasivos, incluyendo al ofendido o perjudicado.

Además, ha suscitado continuas dudas qué quiere decir el legislador con el concepto «familia»; ante dicha imprecisión los autores se inclinan por la definición que ofrece el

³² FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 71.

Diccionario de la Lengua Española, entendiendo el concepto familia como «grupo de personas emparentadas entre sí [...] o conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales y afines de un linaje», por ello cabe entender que no entrarían dentro de este concepto los excónyuges ni los convivientes que no estén unidos por vínculo matrimonial ya que para el caso de la prohibición de residencia solo está prevista su interposición respecto de la víctima y sus familiares no extendiéndose a otras personas que determine el juez o tribunal³³.

Estas dos prohibiciones se diferencian de las demás en el sentido de que tienen un carácter locativo³⁴, por lo que son diferentes a las restantes prohibiciones que se recogen en el art. 48 CP, puesto que estas tienen carácter personal. En el caso de que haya que optar por una u otra, a juicio de BAUCELLS LLADÓS, solo deberá imponerse la prohibición de residencia cuando el domicilio del condenado sea coincidente con el de la víctima, pero en caso de que los domicilios no coincidan, tendría que optarse por la prohibición de acudir al domicilio de la víctima³⁵. Se trata por ende de dos prohibiciones con un contenido diferente, puesto que su aplicación dependerá del lugar donde se encuentre el domicilio del condenado y de la víctima, partiendo siempre de que se debe alejar al penado de la residencia de la víctima, bien prohibiendo que acuda al lugar o prohibiéndole residir en él, siempre teniendo en cuenta la medida que sea menos lesiva para la libertad del condenado³⁶.

Suscita controversia el hecho de si el juez o tribunal debe imponer ambas medidas de manera conjunta o debe elegir una de ellas³⁷, ya que en caso de prohibir la residencia,

³³ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 72.

³⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor», en Cervilla Garzón (coord. et al.), *Mujer, violencia y derecho*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 105; VILLA SIEIRO, S., «Las penas privativas de derechos en interés de la víctima», en Roca de Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 58.

³⁵ BAUCELLS LLADÓS, J., «Artículo 48», en Córdoba Roda (dir. et al.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2011, p. 491.

³⁶ SOUTO GARCÍA, E. M., «La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos», en Faraldo Cabana (dir. et al.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 285.

³⁷ En este sentido, BAUCELLS LLADÓS, J., «Artículo 48», en Córdoba Roda (dir. et al.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2011, p. 491.

no impediría que el penado acudiese de manera ocasional al lugar del domicilio de la víctima o de sus familiares. Este problema queda resuelto por el art. 57 CP, en el cuál se recoge la posibilidad de imponer de forma conjunta las prohibiciones del art. 48 CP, por ello, aparte de imponer la prohibición de residencia en el lugar en que tenga el domicilio la víctima o familiares, podría imponerse además la prohibición de aproximación (art. 48.2 CP), quedando así «blindado» el domicilio de las personas protegidas.

Por tanto, cabe entender que no se trata de dos prohibiciones excluyentes entre sí, y que pueden imponerse conjuntamente a tenor del art. 57.1 CP cuando ello fuese necesario para proteger a la víctima. Según FARALDO CABANA, en caso de que el agresor tenga su domicilio en la misma localidad que la víctima, cabría la posibilidad de imponer la prohibición de residir en dicha localidad al condenado y además prohibirle acudir a ella para evitar que este se acerque al lugar donde tenga su domicilio la víctima. En cambio, si no hay coincidencia en el lugar de residencia, basta con imponer la prohibición de acudir a la localidad donde resida la víctima u otras personas protegidas³⁸.

Otro problema que suscitan estas penas, es qué se debe entender por el concepto «lugar» en el que no puede residir ni acudir el condenado. Este concepto indeterminado ha suscitado controversias entre distintos autores³⁹. Parece ser que el legislador ha dejado que la jurisprudencia se encargue de concretar el lugar. Según esta y la doctrina mayoritaria, hay que entender que con lugar se refiere al municipio donde se haya cometido el delito o tengan el domicilio la víctima o sus familiares⁴⁰. Lo único que

³⁸ SOUTO GARCÍA, E. M., «la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 286.

³⁹ A juicio de algunos autores, se vulnera el principio de legalidad como apunta MOLINA BLÁZQUEZ, M. C., «Artículo 48 CP», en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 2000, p. 635; mientras que otros consideran que no se vulnera, BAUCCELLS LLADÓS, J., «Artículo 48», en Córdoba Roda (dir. et al.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2011, p. 492.

⁴⁰ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 68, mientras que la STS n.º 270/1996, de 26 marzo opta por un concepto más amplio, el del art 544 bis LECrim que recoge la posibilidad de prohibir la residencia o aproximación de determinados lugares, barrios, municipios, provincias, entidades locales y Comunidades Autónomas.

queda claro es que el juez o tribunal debe fijar en la sentencia el lugar o lugares concretos teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso⁴¹.

2.2. Prohibición de aproximarse a la víctima

Su contenido está recogido en el art. 48.2 CP: «La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena». Esta prohibición consiste en establecer un círculo de protección alrededor de la víctima, su familia o personas que establezca el juez o tribunal con el cual se intenta prevenir una lesión o la comisión de nuevos delitos, que la peligrosidad objetiva del condenado hace prever posible.

Cabe destacar que se integre dentro del contenido de esta pena, la prohibición de acercarse al domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la víctima, familiares o personas que determine el juez o tribunal, supuestamente incluso cuando las personas protegidas no se encuentren en dichos lugares. Interpretación que, a juicio de FARALDO CABANA, conviene evitar ya que supone una gran limitación a la libertad de movimientos del penado ya que no tiene sentido imponerla cuando se sabe que no se va a producir un encuentro⁴². De cualquier forma, es necesario que el juez determine en la sentencia qué lugares quedan bajo la protección de esta pena, evitando problemas posteriores relacionados con aclarar si un determinado lugar en el que se ha visto al condenado es frecuentado o no por las personas bajo protección de la pena.

⁴¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de derechos», en Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 147.

⁴² FARALDO CABANA, P., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 311.

Además, dentro de esta pena se recoge la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia respecto de los hijos, que trata de dar una solución a la difícil compatibilidad de estos encuentros con la ejecución de la prohibición en caso de que la persona protegida sea el otro progenitor al implicar un acercamiento a esta o a su residencia. Aunque existen procedimientos que pueden ayudar en este extremo, como los puntos de encuentro e incluso la pena de alejamiento, al poderse aplicar respecto de otras personas que determine el juez o tribunal, podrá por tanto, imponerse respecto del hijo, tanto si es la víctima como cuando la víctima es otro miembro de la unidad familiar pero hay un peligro objetivo para el menor⁴³.

En este sentido, habrá que tener especial cuidado en las comparecencias de los menores, realizándose de la manera más adecuada a su situación e intimidad personales, evitando el fenómeno de victimización secundaria y sabiendo que en caso de que la comparecencia no convenga al interés del menor se podrá, a través de representantes legales, conocer la opinión de este (siempre que no tengan intereses contrapuestos). Parece obvio que la opinión del menor no debe tenerse en cuenta a la hora de tomar la decisión pero sí debe ser tenida en cuenta a la hora de concretar sus intereses⁴⁴.

En caso de imponerse la prohibición de aproximación y comunicación respecto del hijo, sea o no víctima del hecho delictivo, debe suponer la suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancia que imposibilitaría el cumplimiento de la pena accesoria. Sin embargo, en caso de que no se impongan las prohibiciones respecto de los hijos que no hayan sido víctimas del hecho delictivo porque no se aprecia peligrosidad objetiva alguna, no tiene sentido suspender el régimen de visitas, comunicación y estancia por ser contradictorio⁴⁵. Nada se dice de que se pueda aplicar a casos de tutela, curatela y guarda o acogimiento respecto de menores o incapaces.

⁴³ Circular 4/2004 de la Fiscalía General del Estado sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Disponible en www.fiscal.es

⁴⁴ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 75.

⁴⁵ FARALDO CABANA, P., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 313.

2.3. Prohibición de comunicarse con la víctima

Aunque la prohibición de aproximación a la víctima, familiares o personas que determine el juez o tribunal ya impide de por sí el comunicarse en persona con las personas protegidas, hace falta una medida que prohíba cualquier contacto que pueda llegar a producirse sin necesidad de contacto físico o acercamiento. Para ello contamos con la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, que según el art. 48.3 CP: «impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual». Algunos autores consideran que se trata de una pena menos restrictiva que las demás, ya que en este caso no aparece una limitación de la libertad deambulatoria que sí vemos en las otras prohibiciones, ya que no impide que el penado se aproxime a la víctima o resida donde lo haga esta mientras no haya contacto entre ellos⁴⁶.

Esta prohibición impide que por cualquier medio de comunicación informático o telemático (recoge todos los tipos de comunicación existentes) se establezca contacto escrito, verbal o visual con la víctima, familiares u otras personas que establezca el juez o tribunal en la sentencia. El contacto escrito recoge el que pudiera hacerse mediante carta, o cualquier instrumento escrito, correo electrónico, fax, SMS, mensajes por redes sociales o chats. Mientras que el contacto verbal se refiere tanto al efectuado en persona a través de la palabra como el que se realice por teléfono, radio o cualquier otro medio que permita una comunicación oral a distancia entre las partes. Finalmente, el contacto visual se refiere al contacto directo a través de los ojos o el que se pueda alcanzar gracias a medios o instrumentos (prismáticos, teleobjetivos). Esta última modalidad de

⁴⁶ GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 57», en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, T. 1, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 475; Además, RODRÍGUEZ MORO considera que se restringe la libertad de relacionarse con los demás como faceta del libre desarrollo de la personalidad y también, aunque de manera parcial, un aspecto de la libertad de expresión. Véase RODRÍGUEZ MORO, L., «La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 322.

comunicación puede recoger un amplio abanico de supuestos, al poder entrar dentro de ella el seguimiento u observación de la víctima⁴⁷.

Esta prohibición puede resultar más favorable para la víctima si se impone junto con otra de las penas de alejamiento y más concretamente la prohibición de aproximación (art 48.2 CP), ya que ambas se complementan entre sí, garantizando la seguridad de la víctima de un modo efectivo. En algunas situaciones la sola presencia o cercanía de la persona puede ocasionar algún perjuicio a la víctima incluso aunque no se produzca contacto alguno. A su vez, encontramos supuestos en el que su aplicación de manera única resulta idónea para alcanzar los fines buscados, por ejemplo en situaciones en los que ambos no pueden dejar de verse porque trabajan en el mismo lugar o cuando no exista excesiva peligrosidad objetiva⁴⁸.

Según MAPELLI CAFFARENA, nos encontramos ante una pena abierta e indeterminada⁴⁹, ya que los términos usados por el art. 48.3 CP conceden al juez o tribunal un gran margen de discrecionalidad a la hora de proteger no solo a la víctima, sino también a los familiares o personas que no formen parte de la familia pero que el órgano jurisdiccional considere necesitadas de protección. Es por ello que la prohibición de comunicación puede dictarse respecto de cualquier persona⁵⁰.

Que en el propio artículo se exprese que la prohibición se puede imponer respecto de la «víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal» puede llegar a confundir debido a que no queda claro si la intención del legislador era que se pudiera imponer la medida respecto de cualquiera de estos sujetos

⁴⁷ RODRÍGUEZ MORO, L., «La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas», en Faraldo Cabana (dir. et al.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 334. VILLA SIERO, S., «Las penas privativas de derechos en interés de la víctima», en Roca de Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 60.

⁴⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor», en Cervilla Garzón (coord. et al.), *Mujer, violencia y derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 107.

⁴⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 2005, p. 245.

⁵⁰ BAUCCELLS LLADÓS, J., «Artículo 48», en Córdoba Roda (dir. et al.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2011, p. 499.

o respecto de uno solo de ellos. Para FARALDO CABANA, la solución está clara, si solo se pudiera aplicar respecto de uno de ellos, entraría en conflicto con el fundamento protector de la pena, esto es, salvaguardar a las personas cuya seguridad está objetivamente en peligro tras la comisión de un hecho delictivo⁵¹. Lo más adecuado sería que el juez centrara la cuestión de aplicación de la prohibición en este criterio de fundamentación, en función de las necesidades que vayan surgiendo, pudiendo no solo proteger a la víctima, sino que en caso de ser necesario, también a la familia u otras personas. Todo ello concretado por el órgano jurisdiccional en la sentencia, motivando su resolución.

Esta confusión también parece hacer referencia al margen discrecional que parecen tener los jueces y tribunales a la hora de delimitar el alcance de la prohibición. La pena, según el art 48.3 CP, impide al condenado establecer contacto por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático «*escrito, verbal o visual*». Lo más lógico sería aplicar todas ellas conjuntamente, y es la intención que parece tener el legislador cuando regula esta prohibición al buscar la total prohibición de cualquier comunicación con la víctima, ya que lo peligroso para ella no es la forma en que se establezca el contacto, sino el contacto en sí⁵².

IV. Quebrantamiento de las penas de alejamiento

1. Introducción

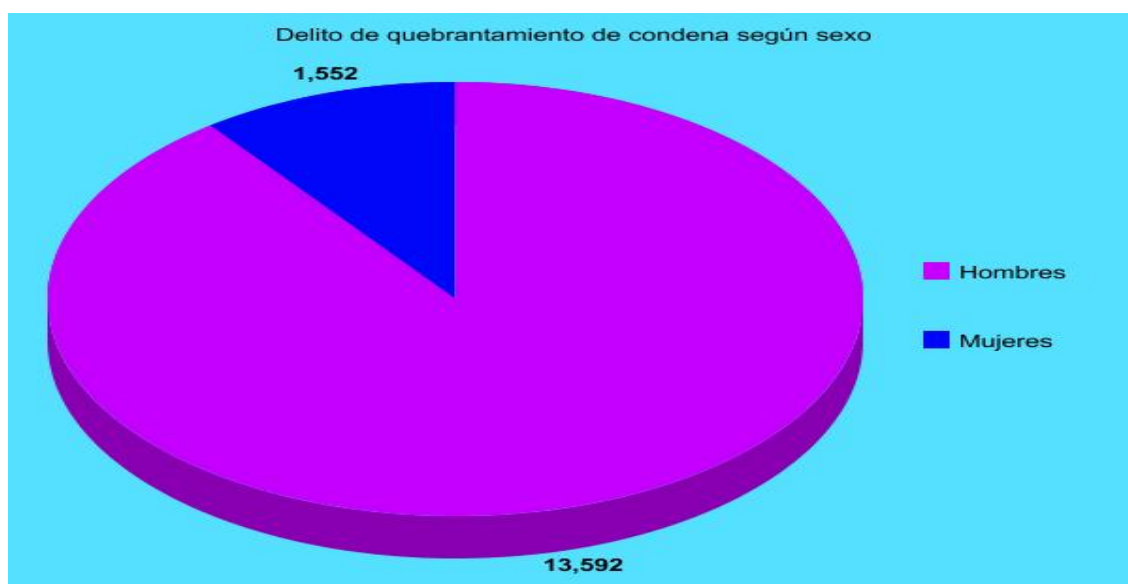
En el art. 468.1 se recoge el delito de quebrantamiento de condena. Según el citado artículo, los que «quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida

⁵¹ RODRÍGUEZ MORO, L., «La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 334-335.

⁵² RODRÍGUEZ MORO, L., «La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 335.

cautelar, conducción o custodia» serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en el resto de los casos.

Destaca el hecho de que sea un hecho delictivo cometido mayoritariamente por hombres frente al escaso número de mujeres condenadas por este delito en el año 2016.



Fuente: elaboración propia a partir de datos obtenido en el Instituto Nacional de Estadística

En el apartado segundo del mismo artículo, se estipula que, en caso de quebrantar alguna de las penas contempladas en el art. 48 CP, una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, cuando hayan sido impuestas en procedimientos en los cuales el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP o en caso de quebrantar la medida de libertad vigilada, se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año.

La reforma operada por la LIVG en el art. 468 CP da un tratamiento diferenciado y agravatorio⁵³ a su apartado segundo por el que se castiga en todo caso con pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en

⁵³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: parte especial*, ed. 21ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 832.

el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea una de las personas a a las que se refiere el art. 173.2 del mismo texto legal. Por ende, se modifica la redacción ofrecida por la LO 15/2003 en la cual se recogía una pena de tres meses a un año de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días en casos de que se quebrantaren alguna de las prohibiciones que se recogían en el art. 57.2 CP⁵⁴. En conclusión, no solo se agrava la pena de prisión prevista, sino que además se suprime la posibilidad de imponer la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Además, la LO 5/2010, de 22 de junio, extiende el tratamiento diferenciado en supuestos de quebrantamiento de la medida de libertad vigilada incluyéndola en el apartado segundo del art. 468 CP. En opinión de ACALE SÁNCHEZ, «el legislador sustrae así a la pena de multa (al apartado primero del art. 468 CP) el régimen de incumplimiento de lo que no deja de ser una medida de seguridad para someterlo al régimen agravado previsto para los delitos de violencia doméstica con independencia de del delito que se derive de aquella»⁵⁵.

Con la reforma del apartado segundo del art. 468 CP, se resolvió la cuestión relativa a la posibilidad de acordar la prisión provisional en los supuestos en que una persona que se encuentra en libertad quebranta una medida cautelar de prohibición de aproximación o comunicación, ya que con anterioridad solo se castigaba con pena de prisión a quien quebrantare una prohibición de aproximación o comunicación impuestas como penas accesorias por sentencia firme (art. 57.2 CP), sancionándose únicamente con pena de multa los quebrantamientos de una medida cautelar⁵⁶.

⁵⁴ Modificación operada por el artículo 40 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, de 29/12/2004 : «*Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2*».

⁵⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., «La reforma del delito de quebrantamiento de condena», en Álvarez García (dir. et al.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 497.

⁵⁶ Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, de 18 de julio. Disponible en www.fiscal.es

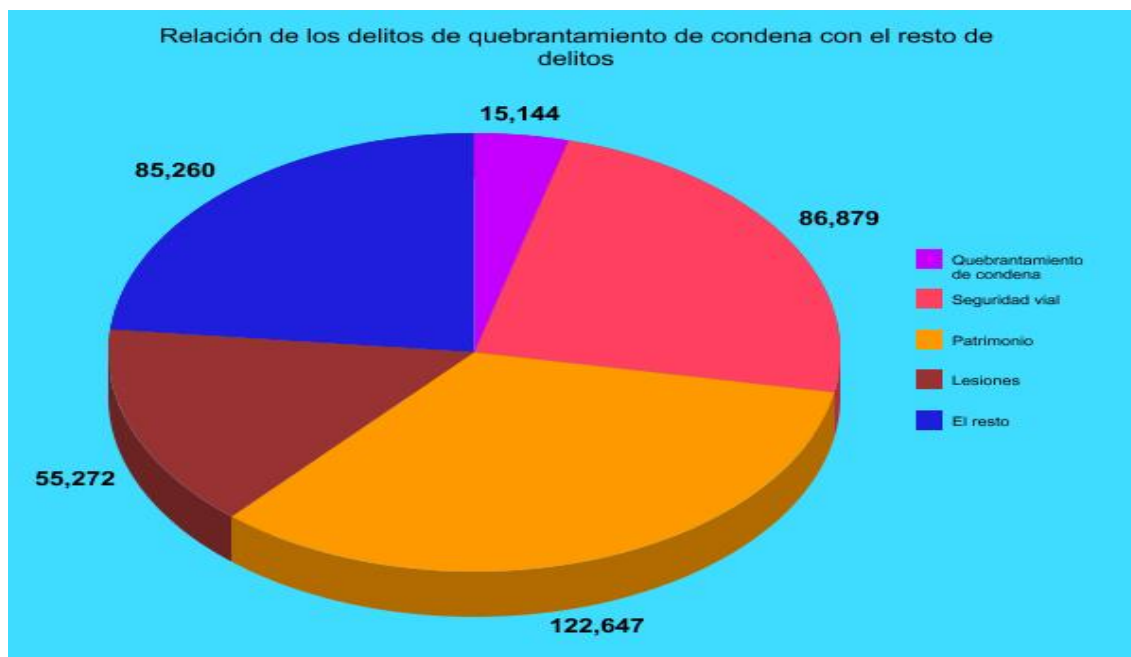
Finalmente, la LO 1/2015 de 30 de marzo en nada modifica los dos primeros apartados del art. 468 CP, pero sí introduce un tercer apartado en el que se castiga como delito de quebrantamiento la inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, así como las conductas que consistan en no llevar los citados dispositivos u omitir las medidas exigibles para mantener su correcto funcionamiento, castigando estas conductas con pena de multa de seis a doce meses.

Considero que, al no preverse una pena alternativa a la de multa para este tercer apartado del art. 468 CP, se está atacando a los intereses de la víctima ya que puede haber situaciones en las que esta dependa económicamente del condenado y por ende también puedan perjudicarse sus intereses, quizá el legislador podría haber incorporado una cláusula similar a la que se recoge en el art. 84.2 CP, dando la posibilidad de imponer la pena de multa solo en los casos en los que quede acreditado que entre víctima y condenado no existan relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.

Además, en opinión de CUETO MORENO, tal elenco de conductas no debería subsumirse en el tipo que nos ocupa, por cuanto los referidos dispositivos no constituyen en sí mismos pena o medida alguna, sino que constituyen instrumentos para controlar su cumplimiento⁵⁷.

En lo que se refiere a la comparativa de delitos de quebrantamiento de condena con el resto de delitos, en el año 2016 observamos que, aun no siendo uno de los delitos más cometidos sí que está entre los 10 primeros.

⁵⁷ CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2016, p. 64.



Fuente: elaboración propia a partir de datos obtenidos en el Instituto Nacional de Estadística

2. Supuesto específico de quebrantamiento relativo a la violencia de género

Como ya hemos indicado, el apartado segundo del art. 468 CP recoge la modalidad agravada de quebrantamiento de condena en el ámbito relativo a la violencia de género (o personas a las que se refiere el art. 173.2 CP relativo a la violencia doméstica y de género), castigando con la pena de prisión de seis meses a un año «a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada».

Por lo tanto, esta modalidad agravada de quebrantamiento de condena castiga el quebrantamiento de una prohibición de residencia, aproximación o comunicación que se haya impuesto en un proceso criminal relativo a la violencia doméstica o de género. Además castiga el quebrantamiento de la medida de libertad vigilada sin concretar el

hecho de que dicha medida se haya impuesto en un proceso relativo a la violencia doméstica o de género.

La conducta típica de este delito vendrá determinada por la vulneración o incumplimiento de la consecuencia que se haya impuesto en una resolución judicial como pena, medida cautelar o de seguridad. Por lo tanto, el contenido de la conducta típica deberá estar en relación con lo dispuesto en la resolución judicial⁵⁸.

El sujeto activo viene determinado por la persona que incumpla o infrinja la pena, medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Cabe destacar que el precepto no hace mención alguna a que el sujeto activo deba ser de forma necesaria un varón para que se aplique la consecuencia prevista en el art. 468.2 CP. Por lo tanto, en caso de que fuese una mujer la que cometiese el delito de quebrantamiento sería posible condenarla en caso de que el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP. En lo que respecta al art. 173.2 CP, también una mujer puede ejercer una posición de dominio en sus relaciones de pareja homosexual pero según la opinión de BOLDOVA PASAMAR, «con base en el artículo 1.1 (de la LIVG) se puede deducir que en estos hechos realizados por hombres contra sus mujeres existe una mayor gravedad de la culpabilidad, puesto que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón del “sexo femenino” con lo que nos encontramos con un elemento subjetivo de la culpabilidad que excluye claramente las agresiones de mujeres contra sus parejas femeninas»⁵⁹.

Respecto al sujeto pasivo, cabría hacer una distinción dependiendo de si consideramos que el único bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia⁶⁰ o si también se considera como bien jurídico protegido la

⁵⁸ SALCEDO VELASCO, A., «El quebrantamiento de condena: los arts. 468 a 471 del nuevo Código Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 4, 1997, p. 314.

⁵⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género», en Boldova Pasamar (coord. et al.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 29.

⁶⁰ SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, Comares, Granada, 2000, p. 373.

indemnidad de las víctimas⁶¹. Para el primer supuesto, el sujeto pasivo sería de forma exclusiva el Estado, mientras que para el segundo, lo sería también la persona protegida por la pena o medida y que además debe encontrarse entre las nombradas por el art 173.2 CP.

Debemos atenernos al momento de cometer el delito por el que se impuso la pena o medida, esto es, si en el momento de cometerse el delito de quebrantamiento ya no existiera una relación de las que se recogen en el art. 173.2 CP, pero esta se hubiera impuesto existiendo dicha relación, será aplicable el tipo penal que nos ocupa aun cuando en el momento de cometerse el delito de quebrantamiento ya no subsistiera el referido vínculo.

Este precepto tiene el propósito de facilitar la imposición de la prisión provisional mientras se sustenta el procedimiento por quebrantamiento de pena, medida cautelar o seguridad de la misma naturaleza ofreciendo así, una mayor protección a las víctimas. Hay que tener en cuenta que en estos delitos, no todo acercamiento supone un peligro para la víctima o personas protegidas, ya que puede haber supuestos en que existe un acercamiento casual que no supone peligro alguno para ellos, siendo su condena contraria al principio de lesividad⁶².

Además, se unifica la respuesta penal frente a cualquier tipo de quebrantamiento que suceda a raíz de un proceso criminal en el que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP, castigando con la misma pena ya se trate de un quebrantamiento de una pena accesoria, medida cautelar o de seguridad. Según apuntan algunos autores, no parece proporcionado castigar con pena de prisión el quebrantamiento de una pena no privativa de libertad, siendo más adecuado endurecer las condiciones de ejecución de las penas privativas de derechos, previendo la

⁶¹ CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2016, p. 123.

⁶² Basándonos en el principio de lesividad u ofensividad, las conductas que no lesionen ni pongan en peligro al bien o bienes jurídicos protegidos por un determinado delito, no deben ser castigadas por este.

imposición del control electrónico como sanción en casos de incumplimiento, no como forma de control de la ejecución⁶³.

También se alude al problema de la posible vulneración del principio *non bis in idem*, ya que en el supuesto de que se cometan nuevos actos de violencia «quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza» se puede imponer, en relación con algunos delitos, la pena en su mitad superior (por ejemplo en los arts. 153.3, 171.5, 172.2 y 173.2 CP).⁶⁴

El art. 468.2 CP hace referencia alguna de las penas contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, por lo que, haciendo una interpretación literal del precepto, cabe excluir de su ámbito otros tipos de medidas como las de naturaleza civil acordadas al amparo de una orden de protección (art. 544 *ter* LECrim), debiéndose subsumir en los delitos de abandono de familia (art. 226 CP) o en el de impago de pensiones (art. 227 CP)⁶⁵.

En lo que respecta a las medidas cautelares que se recogen en los arts. 65, 66 y 67 de la LIVG referentes a la suspensión de la patria potestad, del régimen de visitas y del derecho a la tenencia, uso y porte de armas hay diferentes opiniones doctrinales. Según algunos autores, solo quedarán incluidas en el ámbito material del art. 468.2 CP las reguladas en el art. 64 LIVG al ser de la misma naturaleza que la previstas en el art. 48 CP (salida del domicilio, alejamiento y suspensión de comunicaciones)⁶⁶. Mientras que

⁶³ FARALDO CABANA, P. / FARALDO CABANA, C., «La prohibición de aproximación en los delitos contra las personas, el patrimonio o el orden socioeconómico cometidos contra determinadas personas integradas en el ámbito familiar o cuasi-familiar, con especial referencia a los delitos relacionados con la violencia de género», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 384.

⁶⁴ FARALDO CABANA, P. / FARALDO CABANA, C., «La prohibición de aproximación en los delitos contra las personas, el patrimonio o el orden socioeconómico cometidos contra determinadas personas integradas en el ámbito familiar o cuasi-familiar, con especial referencia a los delitos relacionados con la violencia de género», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 384-385.

⁶⁵ Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la Orden de Protección, de 18 de diciembre. Disponible en www.fiscal.es

⁶⁶ CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2016, p. 138.

otros autores abogan por considerar que las medidas contenidas en los arts. 64 a 67 LIVG son de la misma naturaleza que las previstas en el art. 48 CP dada su inclusión en el Capítulo IV del Código Penal y la voluntad del legislador de considerarlas todas medidas cautelares⁶⁷.

Siguiendo el mismo razonamiento, tampoco tendrá carácter de delito de quebrantamiento la vulneración de las prohibiciones impuestas como condición para la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 83.2 CP), al no referirse literalmente el precepto a las mismas ni tener estas carácter de pena, medida cautelar o de seguridad⁶⁸.

3. Análisis del quebrantamiento que se realiza con consentimiento de la víctima

Continuamente se habla del quebrantamiento que sucede con participación activa de del condenado, pero dentro de las relaciones de pareja puede suceder que haya una reconciliación o un encuentro buscado por la persona a la que se trata de proteger y que sea esta la que consienta el acercamiento por parte del penado o ser ella la que activamente realiza un acercamiento hacia él, produciéndose el supuesto específico de quebrantamiento de condena con consentimiento por parte de la víctima.

Las personas muchas veces no son conscientes de las repercusiones jurídicas que puede tener un acto en concreto, creyendo que al haber consentimiento o produciéndose el acercamiento por parte de la víctima ya no hay una pena o medida entre ellos que no permita el acercamiento o la comunicación. La cuestión es cómo valorar los supuestos de quebrantamiento de alguna de estas prohibiciones en los que media el consentimiento

⁶⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido», en Jiménez Díaz (coord.), *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, 2009, pp. 401-402.

⁶⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal, Colección de Derecho Penal*, Editorial Reus, 2006, p. 276. Además, RUEDA MARTÍN considera que estas prohibiciones si se imponen como condición para suspensión de la pena no tendrán carácter punitivo ni de medida de seguridad en RUEDA MARTÍN, M. A., «Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género», en Boldova Pasamar (coord. et al.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 295.

de la víctima o se realiza incluso a instancia de esta. Por tanto, debemos distinguir por un lado, qué significado tiene la existencia del consentimiento a la hora de valorar la conducta del obligado por la pena o medida y por otro, la posible responsabilidad de la víctima que consiente el quebrantamiento.

El hecho de que la víctima preste su consentimiento al quebrantamiento de la pena o medida y su repercusión en la responsabilidad criminal del obligado ha sido objeto de diversas opiniones por parte de la doctrina⁶⁹:

a) Negación de cualquier tipo de validez al consentimiento por parte de la víctima independientemente de que nos encontremos ante una pena o una medida cautelar. Si consideramos que el delito de quebrantamiento protege el bien jurídico del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, no cabe por tanto conceder ningún tipo de virtualidad al consentimiento prestado por la víctima, al no ser esta el sujeto pasivo del tipo delictivo, por ende la infracción será típica con independencia de que la conducta haya sido consentida por el beneficiario de la pena o medida⁷⁰.

Normalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado por esta postura doctrinal al considerar que el consentimiento de la persona beneficiada por la pena o medida era irrelevante a los efectos de entender cometido el delito de quebrantamiento, por considerarse indisponible el bien jurídico protegido por la pena o la medida cautelar como por ejemplo en la STS n.º 701/2003, de 16 de mayo. Tras lo cual se produjo un gran cambio en la STS n.º 1156/2005, de 26 de septiembre, generando a raíz de ello interpretaciones en todos los sentidos debiéndose buscar un punto de equilibrio que no llegaría hasta el *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008*.

⁶⁹ Enumeración basada en la propuesta de CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2016, pp. 259-261.

⁷⁰ FARALDO CABANA, P., «Las penas previstas por delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento», *Abogacía*, nº 0, 2008, p. 262.

En la citada STS n.º 1156/2005, 26 de septiembre que ponía fin a un procedimiento de quebrantamiento relacionado con la reanudación voluntaria de la convivencia estando vigente una medida cautelar de alejamiento, se declaró que «la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida», abriendo un periodo de inseguridad jurídica, además de dejar en manos de la víctima la viabilidad y duración de una medida cautelar.

No sería hasta el *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008* cuando se vuelve a centrar el criterio del Tribunal Supremo, estableciendo por una mayoría de catorce votos frente a cuatro, que «el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP». Al contrario de lo que venía sucediendo con anterioridad, parece que, en lo que concierne a la jurisprudencia se ha llegado a un criterio uniforme aun a costa de criminalizar la conducta del condenado en casos en los que se ha retomado el contacto con la persona protegida con su consentimiento o a instancia de ella⁷¹. Esta postura la mantiene a su vez la Fiscalía General del Estado ya que «el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado, ni aun en el caso de que medie consentimiento de la víctima [...] no excluye el delito a los efectos del artículo 468 del Código penal»⁷².

b) En caso de que el quebrantamiento no haya supuesto peligro alguno para la persona protegida la conducta debe ser atípica⁷³. Este criterio solo puede darse en caso de que consideremos que el delito de quebrantamiento únicamente puede lesionar o poner en peligro el bien jurídico de indemnidad de la víctima. Obviamente este criterio deja de lado que este delito protege el bien jurídico del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y que este, en todo caso, va a ser lesionado.

⁷¹ MAGRO SERVET, V., *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas y respuestas*, Ed. 2ª, Sepín, Madrid, 2009, pp. 83-84.

⁷² Resumen de Conclusiones de Seminarios de Fiscales 2005-2010. Disponible en www.fiscal.es

⁷³ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 157-158.

c) Considerar que no concurre dolo en la conducta del obligado y por ende la conducta debe ser considerada atípica afirmando que el consentimiento prestado por parte de la víctima determina la inexistencia de dolo y por lo tanto del elemento subjetivo de este hecho delictivo. Algunos autores dentro de esta corriente consideran que en el caso de que sea la víctima la que se acerca al obligado no debería aplicarse el delito de quebrantamiento al carecer este de dolo específico consistente en la voluntad de quebrantar ya que el incumplimiento se ha producido por un acto de la víctima y no del obligado⁷⁴. Pero en caso de que sea el obligado el que quebrante la medida aunque sea con consentimiento de la víctima no se puede alegar la inexistencia de dolo, al ser este el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de vulnerarlos⁷⁵.

d) Realizar una distinción entre pena y medida cautelar considerando que el consentimiento deviene irrelevante en caso de que la prohibición se hubiera impuesto en sentencia firme, optando por considerar que en supuestos de medida cautelar, la conducta no debe ser típica al no existir peligro alguno para la indemnidad de la víctima⁷⁶.

Algunos autores consideran que las consecuencias que se prevén para el incumplimiento de una medida cautelar ya están recogidas en el art. 544 *bis* LECrim, en cuanto este posibilita acordar prisión provisional, una Orden de Protección u otra medida cautelar con una mayor limitación de la libertad personal del obligado, existiendo en el apartado cuarto del citado artículo una vía para poder aplicar el delito de quebrantamiento de condena que procederá en caso de vulnerarse la medida cautelar sin que medie consentimiento por parte de la víctima⁷⁷.

⁷⁴MAGRO SERVET, V., *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas y respuestas*, Ed. 2ª, Sepín, Madrid, 2009, p. 78.

⁷⁵CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2016, p. 261.

⁷⁶MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 2005, p. 249.

⁷⁷ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima» en Carbonell Mateu (coord. et al.), *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 2017.

Como propuestas de solución, hay algunos autores que se basan en la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado que opta por solicitar o informar favorablemente en casos de reconciliación o deseo de reanudar la convivencia el indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, interesando además la suspensión de la ejecución conforme a lo dispuesto en el art. 4.4 CP⁷⁸.

Por parte de la doctrina se reclama además como propuesta de *lege ferenda*, la derogación del régimen de imposición preceptiva de la pena de prohibición de aproximación prevista en el art. 57.2 CP⁷⁹. No obstante, se reconoce que esto no solucionaría del todo el problema, por ello también se reclama asignar un papel a la víctima tanto en la determinación como en la ejecución de la prohibición de aproximación a la víctima. Por ello se propone introducir un trámite preceptivo de audiencia antes de su adopción para valorar la peligrosidad que representa el sujeto para la víctima, así como durante la ejecución para que la víctima pueda dar su opinión respecto a las incidencias relativas al mantenimiento, suspensión o cese de la prohibición⁸⁰.

Por otra parte, cabría hacerse la pregunta de si en caso de que la víctima consienta el acercamiento del obligado o sea ella la que se acerque a este podría tener algún tipo de responsabilidad penal como inductora o cooperadora necesaria en la comisión del tipo delictivo de quebrantamiento. No obstante, esto nos llevaría a consecuencias indeseables que el legislador no previó al recoger este tipo delictivo, por lo que algunos autores buscan la forma de argumentar la falta de responsabilidad por parte de la

⁷⁸ PÉREZ RIVAS, N., «El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (especial referencia a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Galicia)», en Guinarte Cabada (coord. et al), *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 261 y ss.; Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado sobre la aplicación de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Disponible en www.fiscal.es

⁷⁹ Véase, para más referencias doctrinales, PÉREZ RIVAS, N., «Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española», *Política Criminal*, vol. II, n.º 21, 2016, p. 53. Esta autora va más allá y propone configurar la prohibición de aproximación a la víctima como una medida de seguridad no privativa de libertad aplicable a sujetos imputables (p. 57).

⁸⁰ PÉREZ RIVAS, N., «Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española», *Política Criminal*, vol. II, n.º 21, 2016, p. 59.

víctima⁸¹. El problema al que se enfrenta el sistema penal es el de controlar los delitos de quebrantamiento en los que no media consentimiento y el de no criminalizar los quebrantamientos en los que sí existe este. En opinión de FARALDO CABANA, además de entrañar un desconocimiento de la dinámica de las relaciones de pareja, supone una revictimización de la mujer, que incluso puede producir el efecto de que decida alejarse del sistema penal al saber que, en el momento que interponga la denuncia, se le van a imponer determinadas barreras que no van a tener en cuenta su voluntad, condicionando así su vida personal pudiendo a llegar a ser perjudiciales para ella⁸².

Algunos autores defienden que la víctima no debe ser imputada ni a título de autora ni de partícipe puesto que su comportamiento es irrelevante para el Derecho Penal, ya que la conducta típica del delito de quebrantamiento depende únicamente de la voluntad del obligado sin ser relevante que concurra también la de la víctima⁸³.

Mientras que otro sector doctrinal minoritario sostiene que debe castigarse en todo caso a la víctima como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento, debiéndose informar a esta para que conozca las consecuencias que tendría el colaborar en la comisión de un delito de quebrantamiento. Pero para llegar a esa conclusión sería necesario confirmar que la víctima prestó el consentimiento de forma libre y voluntaria y este no era erróneo ni estaba viciado⁸⁴.

⁸¹ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 161.

⁸² En este mismo sentido ACALE SÁNCHEZ, M., «La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal», *Colección de Derecho Penal*, Editorial Reus, 2006, pp. 331-332.

⁸³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 2005, p. 249; indica además PÉREZ RIVAS, N., «Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento», *Dereito*, vol. 24, n.º 2, 2015, pp. 45 y ss. que la mayor parte de la doctrina sostiene la impunidad de la víctima apoyándose en dos argumentos: 1) que a la víctima no se le puede castigar por la realización de una conducta que no tiene prohibida; 2) que las fases de participación en el quebrantamiento de condena se limitan a las mencionadas en el art. 470 CP.

⁸⁴ ARANGÜENA FANEGO, C., «Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional», en De Hoyos Sancho (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, p. 597.

Como propuesta de *lege ferenda*, cabe señalar que el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, en el Informe de enero de 2011 propuso el añadir un nuevo párrafo al art. 468.2 CP en el que se elimine responsabilidad alguna del ofendido en caso de consentimiento expreso o tácito en la comisión del tipo penal⁸⁵. Lamentablemente tras la reforma operada por la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, la situación no ha variado al no contener previsión alguna al respecto y seguir la situación sin recibir ninguna respuesta legal adecuada.

Personalmente, aparte de estar de acuerdo con la proposición de *lege ferenda* realizada por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, considero que también sería deseable explorar la posibilidad a que el subtipo agravado de quebrantamiento de condena previsto en el art. 468.2 conlleve no solo pena de prisión sino que exista la posibilidad de imponer trabajos en beneficio la comunidad cuando el supuesto no revista peligrosidad, valorado por el juez o tribunal, ya que sería una pena desproporcionada al hecho realmente cometido. Estoy totalmente en contra de que se impongan penas de multas en delitos relacionados con la violencia doméstica o de género al ser la víctima, en la mayoría de los casos, dependiente económicamente del condenado.

⁸⁵ Informe de enero de 2011 del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan. Disponible en www.poderjudicial.es

V. CONCLUSIONES

I. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal y la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal, recogidas en los apartados f), g) y h) del art. 39 y en el art. 48 CP, son penas privativas de derechos en atención a la víctima de un hecho delictivo ya que se orientan a la protección de esta y a la de sus familiares y personas afines a ella, impidiendo futuros contactos con el condenado. Estas prohibiciones pueden operar de manera conjunta y de hecho son más eficaces cuando se imponen simultáneamente.

II. Las mencionadas prohibiciones pueden actuar como penas accesorias (art. 57 CP), como condición de la suspensión de la ejecución del fallo (art. 83), dentro de la imposición de la medida de libertad vigilada (arts. 96 y 106 CP) y como medida cautelar (art. 544 *bis* LECrim).

III. Respecto al funcionamiento como penas accesorias, la prohibición de aproximación es de obligada imposición para el Juez cuando se comete alguno de los delitos que se recogen en el art. 57.1 mientras que las prohibiciones de residencia y comunicación son potestativas. Se les denomina penas accesorias impropias ya que, aun viniendo recogidas las condiciones de su imposición en el art. 57 CP, estas se diferencian del resto de penas contenidas en los arts. 54 a 56 CP en el sentido de que pueden acompañar a cualquier tipo de pena, sea privativa de libertad o no, ya que se imponen en función de la naturaleza del delito que se ha cometido y de la relación existente entre el sujeto activo y pasivo.

IV. También pueden funcionar como condición de la suspensión de la ejecución del fallo ya que, el art. 83 CP, permite condicionar la suspensión de una pena de prisión al cumplimiento de determinadas medidas, entre las que se encuentran estas prohibiciones, que se pueden aplicar tanto a la suspensión ordinaria como extraordinaria.

V. Dentro de la imposición de la medida de libertad vigilada y más concretamente dentro de las medidas que se pueden imponer dentro de esta en atención a proteger a la víctima del delito, a sus familiares u a otras personas se encuentran las mencionadas prohibiciones (art. 106.1, apartados e), f) y g) CP).

VI. En el supuesto de que nos encontremos ante alguno de los delitos enumerados en el art. 57 CP, el art. 544 *bis* LECrim permite al juez acordar como medida cautelar, aun sin audiencia previa al investigado, las prohibiciones de residencia, comunicación y aproximación.

VII. Las penas de alejamiento se regulan como penas de carácter accesorio y son consideradas como impropias o atípicas, debido a que no son accesorias a otras penas sino a ciertos delitos, siendo que su duración no se subordina a la pena principal y que su imposición no es obligatoria. Su cumplimiento será tanto simultáneo como sucesivo a la pena privativa de libertad asegurando así que cuando el régimen penitenciario devenga más laxo, esté activada una protección para la víctima.

VIII. En lo que concierne al delito de quebrantamiento de condena recogido en el art. 468 CP, está orientado a castigar el incumplimiento de estas penas de alejamiento. En el apartado segundo del citado artículo se recoge el supuesto específico de quebrantamiento de condena impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, agravando la pena de prisión que se contiene para el tipo básico y no previendo ninguna pena alternativa.

IX. Los supuestos en los que el delito de quebrantamiento de condena se realiza mediando consentimiento por parte de la víctima han sido objeto de discusión por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Si bien en alguna resolución, el TS consideró impune el quebrantamiento de la medida al concurrir el consentimiento por parte de la víctima, tras el *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008*, y en resoluciones posteriores, entiende que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado aun mediando consentimiento por parte de la víctima,

ya que este delito protege el bien jurídico del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y por ello la conducta sería típica aunque haya sido consentida por el beneficiario de la prohibición.

X. En lo que concierne el condenado, como solución de *lege lata*, parte de la doctrina aboga por solicitar o informar favorablemente en casos de reconciliación o deseo de reanudar la convivencia el indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, interesando además la suspensión de la ejecución conforme a lo dispuesto en el art. 4.4 CP.

XI. En el caso de que sea la víctima la que preste el consentimiento o que busque el encuentro activamente, la mayoría de los autores sostienen la impunidad de la víctima, ya que no se le puede castigar por la realización de un comportamiento que no tiene prohibido, siendo que la conducta típica del delito de quebrantamiento de condena depende únicamente de la voluntad del obligado sin ser relevante que concurra también la de la víctima.

XII. Parece obvio que la solución ofrecida por parte del legislador no es la más adecuada para afrontar el supuesto específico de quebrantamiento de condena cuando media consentimiento por parte de la víctima ya que no se tiene en cuenta a la persona protegida, provocando en muchos casos la huida del sistema penal; ni tampoco se le castiga cuando se quebranta la medida con su consentimiento. Parece lógico pensar que en el futuro se encontrara una fórmula en la que se escuche más a las víctimas y la justicia penal sea más cercana a la realidad social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Editorial Reus, 2006.

- «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor», en Cervilla Garzón (coord. et al.), *Mujer, violencia y derecho*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pp. 105-107.

- «La reforma del delito de quebrantamiento de condena», en Álvarez García (dir. et al.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 497.

ARANGÜENA FANEGO, C., «Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional», en De Hoyos Sancho (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, p. 597.

BAUCELLS LLADÓS, J., «Artículo 48», en Córdoba Roda (dir. et al.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2011, pp. 491-499.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género» en Boldova Pasamar (coord. et al.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 29.

- «Las penas privativas de derechos» en Gracia Martín (dir.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 150.

- «Penas privativas de derechos», en Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 147.

- «Penas privativas de derechos», en Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad. consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivadas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 62-64.

CARDENAL MONTRAVETA, S., «De las penas, sus clases y efectos. Capítulo I del Título III del Libro I del Código Penal», en Mir Puig (dir. et al.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 164.

CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2016, pp. 64 y ss.

FARALDO CABANA, C., «La prohibición de aproximación en los delitos contra las personas, el patrimonio o el orden socioeconómico cometidos contra determinadas personas integradas en el ámbito familiar o cuasi-familiar, con especial referencia a los delitos relacionados con la violencia de género», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 384-385.

FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 49 y ss.

- «La prohibición de aproximación en los delitos contra las personas, el patrimonio o el orden socioeconómico cometidos contra determinadas personas integradas en el ámbito familiar o cuasi-familiar, con especial referencia a los delitos relacionados con la violencia de género», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 384.

- «Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género», en Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 738.

FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 113-114.

GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 57» en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, T. 1, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 475.

- «De las medidas de seguridad» en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Aranzadi, 2016, pp. 688-691.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido», en Jiménez Díaz (coord.), *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, 2009, pp. 401-402.

MAGRO SERVET, V., *Violencia Doméstica y de Género. 337 preguntas y respuestas*, Ed. 2ª, Sepín, Madrid, 2009, pp. 78 y ss.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 245-249.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008, p. 711.

MOLINA BLÁZQUEZ, M. C., «Artículo 48 CP», en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 2000, p. 635

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: parte especial*, ed. 21ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 832.

- PÉREZ RIVAS, N., «El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento (especial referencia a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Galicia)», en Guinarte Cabada (coord. et al), *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 261 y ss.
- RODRÍGUEZ MORO, L., «La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 322-335.
- SOUTO GARCÍA, E. M., «La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos», en Faraldo Cabana (dir. et al), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 285-286.
- SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, Comares, Granada, 2000, p. 373.
- TAMARIT SUMALLA, J. A., «Título III. De las penas» en Quintero Olivares (dir.), *Comentario al Código penal Español*, T. 1, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 444.
- VILLA SIEIRO, S., «Las penas privativas de derechos en interés de la víctima», en Roca de Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 56-60.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima», en Carbonell Mateu (coord. et al.), *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 2017.

REVISTAS:

ALASTUEY DOBÓN, C. / ESCUCHURI AISA, E., «La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español: De la aprobación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género a la reforma del código penal de 2015», *Revista de Derecho Penal*, n.º 23, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2015, pp. 74-75.

CORELLA MIGUEL, J. J. «La nueva regulación de la suspensión y sustitución tras la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo», *Diario La Ley*, n.º 8552, Sección Doctrina, 2015, p. 10.

FARALDO CABANA, P., «Las penas previstas por delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento», *Abogacía*, n.º 0, 2008, p. 262.

HERRERA, M. J. / AMOR ANDRÉS, P. J., «Vulneración de las órdenes de protección por parte de hombres condenados previamente por violencia de pareja», *Anuario de Psicología Jurídica*, Elsevier, Barcelona, 2017, p.4.

PÉREZ RIVAS, N., «Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento», *Dereito*, vol. 24, n.º 2, 2015, pp. 45 y ss.

- «Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española», *Política Criminal*, vol. II, n.º 21, 2016, pp. 53-59.

SALCEDO VELASCO, A., «El quebrantamiento de condena: los arts. 468 a 471 del nuevo Código Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, n.º 4, 1997, p. 314.

SALAT PAISAL, M., «Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 20, 2016, pp. 164-167.

SOUTO GARCÍA, E. M., «Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995», *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, n.º 9, 2013, pp. 188-189.

RECURSOS DE INTERNET:

www.fiscal.es: Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la Orden de Protección, de 18 de diciembre.

www.fiscal.es: Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado sobre la aplicación de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

www.fiscal.es: Circular 4/2004 de la Fiscalía General del Estado sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

www.fiscal.es: Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, de 18 de julio.

www.fiscal.es: Resumen de Conclusiones de Seminarios de Fiscales 2005-2010.

www.poderjudicial.es: Informe de enero de 2011 del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca

de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan.

www.interiuris.org: GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., *Cuestiones prácticas que suscita la aplicación de las medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género.*

www.poderjudicial.es: *Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012.*

SENTENCIAS:

STC n.º 60/2010, de 7 de octubre (BOE núm. 262, de 29 de octubre de 2010, páginas 119 a 143)

STS n.º 270/1996, de 26 marzo (ROJ STS 1863/1996).

STS n.º 1054/2002, de 6 de junio (ROJ STS 4093/2002).

STS n.º 701/2003, de 16 de mayo de 2003 (ROJ STS 3323/2003).

STS n.º 369/2004, de 11 de marzo (ROJ STS 1666/2004).

STS n.º 389/2005, de 29 de marzo (ROJ STS 1885/2005).

STS n.º 1156/2005, de 26 de septiembre de 2005 (ROJ STS 5567/2005).